



**VNiVERSiDAD
D SALAMANCA**

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Privado

**TESIS DOCTORAL
(Doctorado Internacional)**

**La efectividad del principio de *enriquecimiento injusto*
en la aplicación privada del Derecho de la Competencia**

***(The effectiveness of the unjust enrichment principle in the private
enforcement of Competition Law)***

Autor: D. Gustavo Andrés Martín Martín
Director: Dr. D. Fernando Carbajo Cascón

Salamanca, 2018

Agradecimientos.

No quiero dejar pasar la oportunidad de agradecer al Prof. Dr. Fernando Carbajo Cascón el haberme acompañado durante el proceso investigador que ha resultado en la elaboración de la presente tesis. El agradecimiento, sin embargo, se remonta mucho más allá, pues ha sido una referencia esencial en mi formación jurídica desde que tuve la gran suerte de poder asistir como alumno a sus clases de Mercantil I de la Licenciatura en Derecho. Nunca consideré hacer la tesis con ningún otro. Ha sido profesor, maestro y mentor, con el que me siento profundamente en deuda. Por ello, mi eterno agradecimiento.

Quiero agradecer igualmente al Departamento de Derecho Privado de la Universidad de Salamanca la formación jurídica recibida. No quisiera caer en la descortesía de mencionar a unos y olvidarme de otros, pues a lo largo de mi carrera universitaria tuve la oportunidad de compartir las enseñanzas de muchos de ellos. A todos, mi agradecimiento.

Sin embargo, sí que resulta necesario realizar un especial agradecimiento al profesor González Alonso de Historia del Derecho y al profesor García Vicente pues, al igual que el Prof. Carbajo Cascón, representaron un punto de inflexión en mi carrera y a menudo les recuerdo con extraordinario cariño. Del primero aprendí la importancia de un relato histórico preciso y bien contado, esencial para la práctica jurídica. Gracias al segundo descubrí el apasionante mundo de la problemática jurídico-civil y la importancia de hacerse buenas preguntas para encontrar las mejores respuestas. Descubrí también las enseñanzas del Prof. Díez-Picazo y de tantos otros e imagino que todavía conserva el libro de los Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial que me prestó y que en un descuido manché por estar embebido en la lectura mientras cenaba. Vuelvo a reiterar mis disculpas por aquello, aunque la acción de daños haya prescrito.

Resulta inexcusable el recuerdo aquí para el personal de la Biblioteca Francisco de Vitoria. Siempre amables.

Es necesario igualmente agradecer las enseñanzas recibidas en la Universidad de Westminster (UK). En un momento en que Reino Unido se cuestiona su identidad europea, no quiero dejar de hacer notar que fue allí, en la cosmopolita Londres, donde amplí sustancialmente mis conocimientos de Derecho europeo; allí aprendí nuevos métodos y enseñanzas y recibí la influencia del pragmatismo anglosajón. Años más tarde tuve la oportunidad de asistir, durante la elaboración de esta tesis, a los cursos de verano de la London School of Economics (LSE) y de actualizar mis conocimientos sobre Derecho de la Competencia de la mano del Prof. Andrew Scott. La estancia fue extraordinariamente provechosa y alguna de las lecturas que allí realicé encuentran aquí su reflejo. A él, también, mi agradecimiento.

No obstante, he de realizar un agradecimiento especial al *Max Planck Institute for Innovation and Competition* de Múnich por haber confiado en el proyecto de investigación que ha resultado en la presente tesis hasta el punto de haber financiado mi estancia en el citado

Instituto a pesar de la restricción de los criterios para el otorgamiento de becas a doctorandos. Los tres meses que pasé en la ciudad de Múnich han sido transcendentales para la culminación de la tesis. Los pilares fundamentales de la misma fueron alumbrados allí y los meses posteriores sirvieron para conjugar de forma definitiva las ideas que allí fueron causa de no pocos desvelos. Reconozco que no me he sentido nunca merecedor de aquella confianza, por lo que no puedo sino agradecerla sinceramente. En especial, tengo que mencionar el cariño de Beatriz Conde Gallego, investigadora senior del Instituto, que supervisó mi estancia en el Max Planck. También a Mark Oliver Mackenrodt que dedicó parte de su preciado tiempo a orientarme sobre las posiciones alemanas en la aplicación privada del Derecho de la Competencia.

No habría llegado hasta el Max Planck sin el apoyo del Excmo. Sr. D. Vicente Manuel Rouco Rodríguez, Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha, que creyó en mí y en la utilidad del esfuerzo que estaba realizando.

Vera Sopena Blanco ha sido también una compañera de apoyo inestimable en este viaje. A ella debo, por ejemplo, la publicación realizada sobre la Directiva 2014/104/UE en la Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución, la participación en el blog de Jesús Alfaro *El Almacén del Derecho*, así como un profundo acopio de materiales y una ayuda inestimable. Gran conocedora del Derecho de la Competencia, madre modelo. Con ella, el aprovechamiento del tiempo parece tener una dimensión distinta a la del resto de mortales. Sin ella, esta tesis habría sido muy distinta de como es.

A Jorge Enrique Hernandez-Leal, jurista antes que fiscal, hermano más que amigo, con quien he compartido tantos momentos y conversaciones que no puedo afirmar realmente que en mis ideas sobre economía haya algo de pensamiento propio. Mis lecturas son terriblemente pobres comparadas con las suyas, mi pensamiento tristemente endeble al lado del suyo. Estoy convencido de que la distancia que nos separa ha provocado que la presente tesis adolezca de cierta imprecisión económica que él, seguro, no me hubiera permitido. Por ello, le pido disculpas.

A Manuel Martín Martín, porque sin él este camino no habría sido tan divertido. A María, por ser la media naranja de Manolo y una segunda madre en la distancia para mí.

A Miguel Ángel Ramírez Cordón, filósofo de cabecera y compañero de tesis en la última fase de desarrollo. Hemos llegado juntos al punto final de la tesis y estoy seguro de que nuestras largas conversaciones en Múnich han tenido mutua influencia. Más en mí que en él porque, sin duda alguna, Miguel Ángel es el perfecto humanista, de los pocos que quedan a día de hoy, y su amplísimo conocimiento carece de parangón.

Al incansable e infatigable corrector de mis escritos, mi padre, Jesús Ricardo Martín Fernández quien, a pesar de que el Derecho le suene extraño, ha dado con no pocas incorrecciones en el texto.

A mis primos Alba Elliott y Edward Elliott por su tremenda ayuda para la corrección de la versión inglesa. A Alba especialmente, porque la fiebre nunca la detenga. A Hugh y Toñi, porque

esta tesis también se ha escrito entre gambas y coquinas.

El hecho de compaginar actividad investigadora con el día a día de los Juzgados en los que he estado destinado me pone en deuda con todos los equipos de trabajo que me han acompañado hasta aquí. Así, no quiero dejar de mencionar a todos aquellos que han compartido conmigo el estrés del día a día en Las Palmas, el Hierro y San Clemente. Mi agradecimiento por ello a todos los que me acompañaron durante mi estancia al frente del Juzgado de Primera Instancias número 13 de Las Palmas, del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción Único de El Hierro y del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 2 de San Clemente. Gracias a todos por vuestro trabajo diario y dedicación, por vuestro compromiso y cariño, por los cafés en el *office*, tirados en las escaleras de emergencia de un edificio eficiente o directamente en su casa con esas sabrosas galletas. Gracias por enseñarme tanto y por creer en mí. En especial, mi agradecimiento a mi actual equipo de San Clemente, porque han tenido que sufrir directamente las neuras de un juez doctorándose. También a mis compañeros y a los Letrados de la Administración de Justicia. Por su apoyo y cariño. Sin todos vosotros, no podría haber llegado hasta aquí.

Quiero agradecer igualmente al Colegio Español Santiago Apóstol de Múnich la habitación que me proveyeron durante mi estancia en Múnich. En especial a sus directores Jose y José Antonio y a todos los residentes con los que tuve la oportunidad de compartir conversaciones sobre lo divino y lo humano. Sabéis que os llevo dentro y os echo de menos. Por el cariño inmenso que compartimos y por el apoyo que me dieron en momentos difíciles para mí.

A María y Rafa, por ser increíbles.

Finalmente, en el terreno personal, a mi médico de cabecera Mar López Miralles (porque las líneas paralelas se siguen pintando de colores), a la Dra. Laura Calvo Enrique (porque con Bex-3 empezó todo), a mi enfermera favorita Zulema Sastre Iglesias (por mantenerme tantas veces pegado a la tierra, por siempre, por todo). A Anibal Vian Espiño (porque si el mundo no cambia, lo cambiamos).

A Laura Arcas Sánchez-Manjavacas, porque *mens sana in corpore sano*. Por sacarme del negro pozo de los excesos de días y noches pegado a un ordenador.

A mis amigos de la judicatura. En especial a Belén Ruiz Belda, por acompañarme estos últimos meses y cubrirme incondicionalmente. A mis amigos de esta parte del mundo y de la otra, por su apoyo y cariño inquebrantable. A Juan Piña y a Mónica, porque se lo merecen.

A Jose Cabaleiro, que nos ha dejado este año pero que siempre estará conmigo, ejemplo de todo lo bueno de este mundo. Te echo de menos. Descansa en paz amigo mío. A Loli.

A mi familia, porque es un orgullo ser un Martín más. En Asturias, en Castilla, en Galicia.

A mi mujer, Maripaz Montiel Lopez. Por aguantarme día a día, protegerme y quererme tanto. Sin ella no podría haber llegado hasta aquí.

A mis padres, por su apoyo, cariño, amor incondicional y fe inquebrantable. Por estar ahí siempre y en todo momento, porque nunca saldaré la deuda que tengo con ellos.

Tabla de abreviaturas.

AAP	Auto Audiencia Provincial
AG	Anonym Gesellschaft
AGG	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz
AIMA	Azienda di Stato per gli interventi sul mercato agricolo
ANC	Autoridad Nacional de Competencia
Ap.	Apartado
Art.	Artículo
ATS	Auto del Tribunal Supremo
BDG	Bundesgerichtshof
BFR	Bankfrisch
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BOE	Boletín Oficial del Estado
c.	contra
C. C.	Código Civil
CAFE	Clean Air for Europe,
Cap.	Capítulo
CAT	Competition Appeal Tribunal
CE	Comisión Europea
CE	Constitución Española
CECA	Comunidad Europea del Carbón y el Acero
CEDH	¿Código Español de Derechos Humanos ?
CEE	Comunidad Económica Europea
CISAC	Confederación Internacional de Sociedades de Autores y Compositores.
Co.	Company

<i>Comm'n</i>	Commission.
Comm'n	Comisión.
CP	Código Penal
DRAFT	Draft Common Frame of Reference.
e. g.	exempli gratia.
ECU	European Currency Unit
Ed.	Editorial
EDJ	El Derecho-Base de datos.
EDL	El Derecho Legislación.
EEMM	Estados Miembros
EEUU	Estados Unidos de América del Norte.
et al.	et alii
etc.	et caetera
FENIN	Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria
FEOGA	Fondo Europeo de Orientación y de Garantía Agraria
FJ	Fundamento Jurídico.
FNCBV	Fédération nationale de la coopération bétail et viande
FNSEA	Fédération nationale des syndicats d'exploitants agricoles
FTC	Federal Trade Commission.
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
i. e.	Id est:
IBC	Importazione bestiame carni srl
ibid.	ibidem
IKA	Idryma Koinonikon Asfaliseon
It.	Italia
JUR	Jurisprudencia
LCD	Ley de Competencia Desleal
LCS	Ley de Contrato de Seguro

LDC	Ley de Defensa de la Competencia
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil.
LM	Ley de Marcas.
LO	Ley Orgánica
LP	Ley de Patentes
LSC	Ley de Sociedades de Capital.
M. B. U	Maschinenbau Ulm GmbH
Op. Cit.	opus citatum
p.	página
pp.	páginas
PECL	Principles of European Contract Law
PETL	Principles of European Tort Law.
Prof.	Profesor
RCL	Repertorio Cronológico de Legislación.
RD	Real Decreto
RGZ	Reichgericht
RGZ	Reichsgericht
RJ	Repertorio de Jurisprudencia
s.	siglo
SA	Sociedad Anónima
SAP	Sentencia Audiencia Provincial
SEPG	Servizi ecologici porto di Genova
sigs.	siguientes
STS	Sala del Tribunal Supremo
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TCEE	Tratado de la Comunidad Económica Europea
TCEE	Tribunal Comunitad Económica Europea
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión europea
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TPI	Tribunal de Primera Instancia
TRLGDCYU	Texto Refundido Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias
TRLPI	Texto Refundido Ley de Propiedad Intelectual.
TS	Tribunal Supremo
U. S.	United States
U. S. C.	Unites States Code
UE	Unión Europea
UK	United Kingdom
UKHL	United Kingdom House of Lords.
UNIDROIT	International Institute for the Unification of Private Law
v.	versus
v. g.	verbi gratia
Vol	Volumen
VVAA.	Varios Autores
WLR	Weekly Law Reports

ÍNDICE

Agradecimientos.....	3
Tabla de abreviaturas.....	6
ÍNDICE	10
Introducción	19
A) Planteamiento general.	19
B) Objetivo del estudio.	20
C) Metodología	21
D) Estructura.....	22
E) Relevancia del estudio de acuerdo con el estado de la ciencia.	22
F) Actividades formativas, estancias y publicaciones.	24
a. Seminarios de metodología.	24
b. Cursos.	24
c. Cursos de especialización en Universidades europeas	24
d. Estancias de doctorado.	24
e. Publicaciones:	24
 CAPÍTULO I. El ilícito anticompetitivo como fundamento de la sanción civil privada.	
Panteamiento general del equívoco en torno a la función del principio de <i>enriquecimiento</i>	
<i>injusto</i>.	26
1.1 Breve recorrido sobre los antecedentes históricos de la declaración general de	
ilícito de las conductas monopolísticas introducida en el Tratado de Roma de 1957.	26
1.1.1 Austria: primeros pasos.	27
1.1.2 Alemania: la dogmática triunfante.....	29
1.1.3 Breve reflexión sobre la historia de la construcción europea del Derecho	
antimonopolio desde la perspectiva ius-privatista.	32
1.2 El giro copernicano del Derecho antimonopolio.	34
1.2.1 La declaración general de ilícito anticompetitivo.	34
1.2.2 La ruptura del sistema de monopolio de la aplicación pública del Derecho de la	
Competencia.....	37
1.3 Características generales de los ilícitos anticompetitivos.....	38
1.3.1 La prohibición de prácticas colusorias: artículo 101 TFUE.	39
1.3.2 El abuso de posición de dominio.	43
1.3.3. Artículos 101 y 102 TFUE: la conducta prohibida.....	46

A) ¿El tipo subjetivo del ilícito?	48
a. Consideración preliminar	48
b. El requisito de culpabilidad del artículo 23. 2. a) del Reglamento 1/2003 y el artículo 63 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia.	51
c. La resolución del TJUE del asunto Schenker [2013] y el requisito de conducta culpabilidad: claves para reformular la cuestión.	55
1.4 Bases fundamentales de las prohibiciones de prácticas anticompetitivas.	58
1.4.1 La obligación de competir en el mercado como deber fundamental de rango constitucional.	58
1.4.2 Los ilícitos concurrenciales como integrantes del orden público económico. .	62
1.4.3 La prohibición de prácticas competitivas como ilícito general de Derecho.	63
1.4.4 El principio de buena fe como principio rector de la actuación en el mercado.	65
1.5 El ilícito anticompetitivo como fundamento de la de la sanción civil privada...	67
1.6 La naturaleza de la responsabilidad.	68
1.7 La estéril discusión de la culpa en la reparación del daño.....	69
1.8 La compensación como única respuesta codificada del Derecho de la Unión Europea ante el ilícito anticompetitivo: el derecho <i>stricto</i> al pleno resarcimiento o “full compensation principle” en la Directiva 2014/104/UE.	74
1.9 El principio de enriquecimiento injusto en la aplicación privada del Derecho de la Competencia: <i>Courage</i> [2001] y <i>Manfredi</i> [2006].....	77
1.9.1 Análisis de <i>Courage</i> y <i>Manfredi</i>	77
A) <i>Courage</i> [2001]	77
B) <i>Manfredi</i> [2006].....	80
1.9.2 La ubicuidad del principio de enriquecimiento injusto.	82
CAPÍTULO II. El concepto de daño, a la mera compensación como única respuesta jurídico privada ante el ilícito civil y sus implicaciones para la aplicación privada del Derecho de la Competencia.	85
2.1 Breve consideración sobre el Derecho de Daños y sus funciones: la compensación como respuesta-sanción propia del Derecho de daño y el debate en Derecho de la Competencia.	85
2.1.1 La ortodoxia compensatoria y las nuevas funciones del Derecho de Daños. ...	85
2.1.2 El debate sobre la función del Derecho de Daños en el ámbito del Derecho de la Competencia.....	89
2.2 Consideraciones generales en torno al Derecho de Daños y su función estrictamente compensatoria en los principales textos doctrinales europeos: PETL y	

DRAFT.....	96
2. 2. 1 Los Principios de Derecho Europeo de la responsabilidad Civil	96
2. 2. 2 DRAFT Common Frame of Reference: Principles, Definitions and Model rules of European Private Law.....	98
2. 2. 3 Conclusiones sobre la función estrictamente compensatoria del Derecho de Daños en los PETL y el DRAFT.	102
2.3 Consideraciones en torno a las excepciones al principio general de la mera compensación como función estricta del Derecho de Daños en diferentes ordenamientos jurídicos: Unión Europea, Reino Unido, Francia, Alemania y España.	102
2.3.1 Unión Europea.	102
A) Daños nominales.	103
B) Daños punitivos.	104
a. Jurisprudencia	104
b. Legislación.....	106
C) Limitaciones de la responsabilidad civil.....	109
2.3.2 Reino Unido.	111
A) Daños nominales.	112
B) Daños ejemplares o punitivos.	113
C) Daños agravados.	117
2.3.3 Francia	118
A) Daños nominales	118
B) Daños punitivos	119
2.3.4 Alemania.....	119
2.3.5 España.....	123
A) Daños nominales.	123
B) Limitaciones al pleno resarcimiento.	124
a. El baremo de tráfico y la limitación del daño personal en Derecho español:	124
b. Limitaciones en el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.	128
c. Ley 48/1960, de 21 de julio, sobre Navegación Aérea.	128
d. Ley 25/1964, de 29 de abril, sobre energía nuclear.	129
C) Daños punitivos.	130
a. El daño moral como daño punitivo.	131
b. El principio de buena fe como fuente de daños punitivos.	140
c. El artículo 20 de la Ley de Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de	

Seguro como daño punitivo.	142
d. El recargo de las prestaciones económicas derivadas de accidente de trabajo o enfermedad profesional del actual artículo 164 Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.	143
e. La cuantificación de la responsabilidad civil por daño personal en los procedimientos penales como daño punitivo.	144
f. Indemnización coercitivas de origen legal.	146
g. La cláusula contractual penal.	147
2.4 El principio compensatorio y la aplicación privada del Derecho de la Competencia.	150
CAPÍTULO III. Precedentes jurisprudenciales del principio de <i>enriquecimiento injusto</i> afirmado en <i>Courage</i> [2001] y <i>Manfredi</i> [2006]: las funciones del principio de <i>enriquecimiento injusto</i> en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.	158
3.1 Cuestiones generales en torno a la conformación del principio.	158
3.1.1 Etapas históricas en la conformación del principio de enriquecimiento injusto afirmado en <i>Courage</i> [2001] y <i>Manfredi</i> [2006].	160
A) 1ª etapa: del 25 de octubre de 1972 al 16 de diciembre de 1976. Primeros planteamientos.	160
B) 2ª etapa: Del 4 de octubre de 1979 al 27 de marzo de 1980. Alumbramiento.	162
C) 3ª etapa. Del 12 de junio de 1980 al 25 de febrero de 1988. Consolidación ante las críticas de los Abogados Generales.	164
D) 4ª etapa: del 14 de enero de 1997 al 21 de septiembre de 2000. Codificación: Comateb [1997] y Michailidis [2000], antesala de <i>Courage</i> [2001].	166
3.1.2 Carácter de los asuntos ventilados ante el Tribunal de Justicia.	169
3.1.3 Naturaleza de los asuntos ventilados: el ámbito funcional del principio.	169
3.1.4 Compatibilidad de acciones y competencia para su conocimiento.	170
3.2 La <i>condictio</i> de restitución.	172
3.2.1 Características generales de la <i>condictio</i>	173
A) En busca del fundamento del derecho de restitución de las cantidades abonadas indebidamente.	173
B) Contenido.	175
C) Condiciones procesales para el ejercicio de la acción.	178
D) En busca de límites a la obligación restitutoria.	179
a. La seguridad jurídica.	179

b. El pago como ayuda pública.....	182
c. La defensa passing-on:.....	182
3.3 Las funciones del principio de enriquecimiento injusto en la doctrina del Tribunal de Justicia.	186
A) Control de la validez de los actos de la Comunidad.....	186
B) El principio como fundamento del establecimiento de una condena en daños de la comunidad.	187
C) El principio de enriquecimiento injusto como generador de obligaciones de la Comunidad.	188
D) El principio de enriquecimiento injusto como elemento de interpretación del Derecho Europeo.....	190
E) El principio de enriquecimiento como norma aplicable en defecto de ley.	190
CAPÍTULO IV. El Enriquecimiento injusto como límite del Derecho de Daños: reconsiderando <i>Courage</i> [2001] y <i>Manfredi</i> [2006].	192
4.1 El enriquecimiento injusto: ¿enriquecimiento injusto o enriquecimiento sin causa?	192
4.1.1 ¿Es posible distinguir entre enriquecimiento injusto o enriquecimiento sin causa?.....	194
4.2 Presupuestos normativos del <i>enriquecimiento sin causa</i>.	202
4.2.1 Elementos	203
A) Ganancia o enriquecimiento	204
B) Debe ser injustificado o sin causa.....	204
C) El empobrecimiento correlativo y la necesidad de un nexo causal entre empobrecimiento y enriquecimiento.....	206
a. El empobrecimiento.	206
b. A costa de otro:	214
4.3 Las relaciones entre el enriquecimiento injustificado y el Derecho de Daños.	216
4.3.1 Un falso límite al Derecho de Daños desde el principio de enriquecimiento injusto: la <i>compensatio lucri cum danno</i>	221
4.4 El principio de enriquecimiento injusto como límite del Derecho de Daños..	227
4.5 El reconocimiento final del fundamento de la obligación de devolución de las cantidades indebidamente obtenidas.....	231
4.6 El enriquecimiento injusto como defensa de la <i>condictio</i>: bases para la comprensión del origen de un error lógico de imposible solución.....	235
4.7 El fundamento del efecto repercusión o empobrecimiento correlativo en las	

acciones de enriquecimiento.....	237
4.7.1 La equidad como fundamento del empobrecimiento correlativo en la tradición jurídica común.....	237
4.7.2 Crítica del empobrecimiento correlativo como requisito de equidad: la equidad como coartada jurídica de los intereses político-normativos subyacentes.....	240
4.7.3 Conclusiones en torno al requisito de empobrecimiento correlativo como requisito de Derecho comunitario y sus implicaciones para la aplicación privada del Derecho de la Competencia.	244
4.8 Reconsiderando Courage [2001] y Manfredi [2006] a la luz de las averiguaciones realizadas hasta el momento.	245
A) Courage [2001]	245
B) Manfredi [2006].....	246
CAPÍTULO V. Derecho de Daños, enriquecimiento injustificado y enriquecimiento injusto: hacia la privación civil de los beneficios obtenidos por acto ilícito.	248
5.1 Enriquecimiento injusto y enriquecimiento sin causa como fundamento del Derecho de Daños.....	248
5.2 El “método” del cálculo de beneficios.	248
5.2.1 DRAFT.	248
5.2.2 Derecho anglosajón: los daños restitutorios.	250
5.2.3 Derecho alemán	257
5.2.4 Derecho europeo.....	260
5.2.5 Derecho español.....	262
A) El cómputo del daño en el caso de intromisión ilegítima según la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.	262
a. Situación previa a la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal	262
b. El método del cómputo del daño tras la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (la reforma entró en vigor el 23 de diciembre de 2010).	266
B) La abstracta indemnización en las leyes de protección de la propiedad intelectual e industrial: el método triple de cómputo de daño.	269
5.2.6 Conclusiones.....	273
5.3 El método del cómputo de beneficios generados por la infracción: dos	

realidades ocultas. Hacia la privación civil de los beneficios obtenidos o comiso civil. .275

5.3.1 La sanción de la pérdida de beneficios obtenidos por el infractor en el Código Penal: una institución civil.	276
5.3.2 Fundamento de la institución de la privación civil de los beneficios	278
5.3.3 La privación de los beneficios obtenidos en normas no penales.	279
A) La posesión indebida de mala fe.	280
B) La privación de bienes hereditarios del incapaz y el indigno de suceder.	281
C) El cálculo del daño conforme a los beneficios obtenidos por el infractor en las leyes de propiedad inmaterial.	283
D) La privación de beneficios del artículo 9.d) LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.	284
E) La infracción del deber de lealtad por los administradores de las sociedades de capital.	286
F) Comiso del beneficio a través del daño moral	287
G) La infracción de la buena fe en la adquisición de ganancias	288
5.3.4 El cómputo de los beneficios del infractor: brutos o netos.	288
5.3.5 El destino de las ganancias injustas.	289
5.3.6 La acción de daños como acción de enriquecimiento injusto.	291

CAPÍTULO VI. La efectividad del principio de *enriquecimiento injusto* en la aplicación privada del Derecho de la Competencia.294

6.1 El principio de enriquecimiento injusto en la aplicación privada del Derecho de la Competencia.294

6.2 La efectividad de la *condictio* en el Derecho de la Competencia.296

6.2.1 La posición de los compradores directos

6.2.2 La posición de los compradores indirectos.

6.3 La privación de beneficios como una institución necesaria en el Derecho de la Competencia.300

6.3.1 Daños punitivos y privación de beneficios.

6.3.2 La privación de los beneficios en el Derecho de la Competencia comparado.

.....302

A) EEUU.

a. La Policy statement on monetary Equitable Remedies in Competition Cases (2003) de la Federal Trade Commission.

b. El sistema de clemencia estadounidense.

B) Alemania: Las secciones 34 y 34a de la Ley alemana contra las restricciones de

la Competencia (GWB).....	306
6.3.3 La necesidad de la privación de beneficios en el sistema europeo de Competencia.....	307
6.3.4 Líneas fundamentales para una propuesta de privación de beneficios para la aplicación privada del Derecho de la Competencia.	309
A) La especial antijuricidad de la acción.....	309
B) Requisitos generales en torno al comiso civil de las ganancias.....	310
6.4 Una lectura de la <i>passing-on</i> defence desde el enriquecimiento injusto.	312
6.4.1 Consideración general.	312
6.4.2 Entre la admisión y la inadmisión de la defensa de sobrecostos repercutidos.	314
6.4.3 Entre el sobreprecio y el beneficio obtenido por los cartelistas.	317
6.4.4 El infractor ante la compleja regulación de la defensa de sobrecostos repercutidos en la Directiva 2014/104/UE: navegando entre Escila y Caribdis.	319
6.4.5 Propuesta para una interpretación integradora de la <i>passing-on</i> desde el principio de enriquecimiento injusto.....	321
A) El fin del Derecho de la Competencia: la protección del proceso competitivo.	321
a. La falta de claridad por parte de la Comisión Europea al tiempo de fijar el objetivo del Derecho de la Competencia.	321
b. La posición del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.	326
B) Una interpretación razonable de la defensa <i>passing-on</i> en el ámbito de la Competencia.....	330
6.4.5 La necesidad de regular la privación civil de beneficios a pesar de la interpretación propuesta de la defensa de sobrecostos repercutidos.	335
6.5 Hacia un sistema realmente efectivo de aplicación privada.	335
CONCLUSIONES.....	339
Jurisprudencia, Conclusiones de Abogados Generales del TJUE y resoluciones citadas.	348
Bibliografía	377
ANEXO	389
SUMMARY	390
PREFACE.....	392
A) Overall approach to the conducted investigation.	392
B) Problem definition	393
C) Methodology	394

D) Structure	395
E) Relevance of the present investigation to the state of science.	395
F) Formative activities, doctoral stays and papers.....	396
a. Seminar on methodology:	396
b. Courses.	397
c. Specialization courses at European Universities.	397
d. Doctoral stays.	397
e. Papers:.....	397
CONCLUSIONS.	399

Introducción

A) Planteamiento general.

El Derecho de la Competencia es, quizás, uno de los campos más fértiles para el jurista del día de hoy. La disciplina rechaza la tradicional taxonomía que hace siglos sentó ULPIANO, de forma que el Derecho de la Competencia es, al mismo tiempo, Derecho privado y Derecho público¹. El Derecho de la Competencia es Derecho Administrativo, Mercantil y Civil. También es, en algunas jurisdicciones, Derecho Penal y siempre plantea importantes cuestiones desde el punto de vista constitucional (e. gr. entradas y registros en sedes de empresas). En los Estados miembros de la Unión es Derecho nacional y europeo a partes iguales. El Derecho de la Competencia es, al mismo tiempo, un campo influenciado por la Economía, disciplina que se disputa con el Derecho la posición de primacía. Es, por ello, un campo abonado a las tensiones dogmáticas, donde los presupuestos político-normativos de nuestro sistema jurídico son puestos en tela de juicio hasta el extremo y donde el análisis económico del Derecho puede encontrar interesantes objetos de estudio.

De esta forma, aun cuando hablamos de *aplicación privada del Derecho de la Competencia*, no se trata de litigios que tengan por finalidad satisfacer el puro interés privado. En la aplicación privada del Derecho de la Competencia se encuentra comprometido el interés público². Ello afecta necesariamente al Derecho de Daños que, no olvidemos, no deja de ser Derecho³. En consecuencia, cualquier posición dogmática que se adopte respecto de cuestiones tales como la finalidad o finalidades de la aplicación privada del Derecho de la Competencia, se ve condicionada por las políticas subyacentes al propio Derecho de la Competencia. Tales políticas subyacentes afectan a cuestiones tales como la existencia y configuración del sistema de *discovery* o la propia configuración del programa de clemencia. Pero también a aspectos que se pudieran creer puramente privados, tales como la definición del daño, el reconocimiento o no de la figura del daño punitivo, de los daños reparatorios o de la conocida como *passing-on defence*.

Aplicación privada y política regulatoria se encontraban vinculadas ya en *Courage* [2001]. En aquella sentencia, el TJUE enunciaba el principio de plena reparación como consecuencia necesaria del efecto útil de las disposiciones comunitarias contenidas en los artículos 101 y 102 TFUE. Al mismo tiempo, advertía que la plena eficacia de aquellos artículos⁴ y, en particular, “la prohibición establecida en su apartado 1, se verían en entredicho si no existiera la posibilidad de

¹ *ius publicum est quid ad statum rei romanae spectat* mientras que *ius privatum est quod ad singulorum utilitatem pertinet*. ARIAS RAMOS, José. Derecho romano. Vol. I. 13ª ed. Madrid: Revista de Derecho privado, 1974. p. 35.

² LIANOS, Ioannis y GERADIN, Damien. Handbook on European Competition Law. Enforcement and Procedure. Cheltenham (UK) y Northampton (USA): Edward Elgar. 2013. pp. 233-234.

³ CANE, Peter. Tort Law. Op. Cit. Capítulos II y III.

⁴ Sin perjuicio de que *Courage* [2001] se refiere a la disposición contenida en el hoy artículo 101 TFUE, nada impide su extensión *mutatis mutandis* a la disposición del artículo 102 TFUE.

que cualquier persona solicite la reparación del perjuicio que le haya irrígado un contrato o un comportamiento susceptible de restringir o de falsear el juego de la competencia”⁵. De esta forma, se reforzaba “la operatividad de las normas [...] de competencia” y se disuadían “los acuerdos o prácticas, a menudo encubiertos, que puedan restringir o falsear el juego de la competencia”⁶. Nada que decir en Manfredi [2006] donde, tras recordar aquellos párrafos de Courage [2001], el TJUE admitía la compatibilidad con el Derecho comunitario de las indemnizaciones “especiales, como son las de carácter disuasorio o punitivo”⁷. El Derecho de Daños parecía, así, impregnarse de las finalidades propias del Derecho de la Competencia. No obstante, tras aquellas declaraciones, el TJUE introducirá una mención expresa al principio de *enriquecimiento injusto*, del se que dice que es un principio general de Derecho comunitario que, de esta forma, condiciona o modula de alguna forma el principio de plena reparación. Con todo, la misma presencia del principio de *enriquecimiento injusto* resulta inquietante, su carácter controvertido y, como institución, no deja de resultar paradójica.

B) Objetivo del estudio.

Más allá del carácter totémico que los principios de *plena compensación* y de *enriquecimiento injusto* puedan tener para la doctrina tradicional en materia de daños, cabe, legítimamente, preguntarse cuál es la efectividad práctica de los mismos en relación con el Derecho de la Competencia y, en particular, con su aplicación privada. Especialmente tras la promulgación en 2014 del texto definitivo de la conocida como Directiva de daños antitrust⁸.

El objeto principal de estudio de la presente tesis son los fundamentos civiles del Derecho de la Competencia. El problema surgiría de la asunción de un error de partida en el proceso legislativo de la Directiva que ha pasado inadvertido. Error que no comienza en el año 2005 sino que se encuentra en *Courage* [2001]. La tesis responde a una pregunta simple, ¿qué significa el principio de plena compensación en el Derecho antitrust? Y lo hace desde el límite al principio de plena compensación que el Tribunal afirmó decididamente en *Courage* [2001] y Manfredi [2006]: el principio de enriquecimiento injusto.

La presente investigación se centra en las políticas subyacentes a la aplicación privada del Derecho de la Competencia a nivel europeo. Se toma en cuenta, especialmente, el caso Español, por ser la jurisdicción que mejor conozco. No obstante lo anterior, otros sistemas legales

⁵ Asunto C-453/99. *Courage Ltd contra Bernard Crehan y Bernard Crehan contra Courage Ltd y otros* [2001] de 20 de septiembre. (ECLI:EU:C:2001:465). Ap. 26

⁶ Ibid. ap. 27.

⁷ Vincenzo Manfredi contra Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA (C-295/04), Antonio Cannito contra Fondiaria Sai SpA (C-296/04) y Nicolò Tricarico (C-297/04) y Pasqualina Murgolo (C-298/04) contra Assitalia SpA [2006] de 13 de julio. Asuntos acumulados C-295/04 a C-298/04 (ECLI:EU:C:2006:461). Ap. 93.

⁸ Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la Competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea. OJ L 349, 5.12.2014, pp. 1-19.

son considerados. Incluso se tendrá en cuenta el propio Derecho comunitario, lo que aportará una interesante perspectiva de Derecho comparado.

La Comisión Europea ha intentado mejorar la aplicación privada del Derecho de la Competencia respetando la tradición legal europea, no promoviendo una cultura del litigio, por oposición a la experiencia estadounidense⁹. Resulta, por ello, interesante plantear si existe una cultura europea del Derecho de la Competencia, cuáles son sus orígenes y sus características y en qué medida esa cultura es acorde con la realidad y necesidades de la actualidad. Es más importante todavía plantear cuál es la tradición legal *ius privatista*, sus límites y posibilidades de mejora.

El proceso de armonización se ha fundamentado sobre los siguientes dogmas jurídico-sustantivos: 1) El particular tiene derecho al pleno resarcimiento; 2) El particular que recibe una cuantía superior al daño sufrido se enriquece injustamente.

Revisar tales dogmas nos permitirá considerar si las bases del proceso de armonización son correctas o, por el contrario, es posible formular una aplicación privada del Derecho de la Competencia diferente.

C) Metodología

No puede negarse la influencia que, desde el punto de vista metodológico, ha tenido en esta tesis el pragmatismo estadounidense. Advertía HOLMES que, en el desarrollo del Derecho, no solo opera la lógica como fuerza motora, sino que también opera la ideología, los intereses subyacentes que responden a diferentes políticas normativas¹⁰. Tras la lógica de la norma “subyace un juicio sobre el valor relativo y la importancia de los diversos fundamentos legislativos en competencia”¹¹. De ahí la importancia del estudio de la historia para desvelar aquella “batalla oculta” sobre cuestiones de política jurídica¹². El proceso de creación jurídica no puede consistir en “una imitación ciega del pasado”¹³ y, por ello, “el primer paso hacia un escepticismo ilustrado”¹⁴ ha de ser la revisión histórica del origen de las normas cuyo análisis procede. Buscamos ese estado de *escepticismo ilustrado* desde un posicionamiento positivista, en continuo diálogo con las normas existentes y los pronunciamientos de los jueces para, una vez fijadas las contradicciones y fallas del sistema, buscar un mejor entendimiento de las instituciones en liza y proponer posibilidades de mejora. El sistema ha de ser funcional, sin dejar de lado la necesaria coherencia interna del sistema pero sin que esta última aspiración suponga un escollo insalvable por el ciego acatamiento de los estrechos moldes codificados, lo que importa

⁹ UNIÓN EUROPEA. Comisión Europea. Commission Staff paper annex to the White Paper Damages actions for breach of the EC antitrust rules. SEC(2008) 404. [Consultado 28/1/18] Disponible en <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/documents.html>. pp. 8,

¹⁰ HOLMES, Oliver Wendell, Jr. Op. Cit. p. 68.

¹¹ Ibid. p. 69.

¹² Ibid. p. 71 y p. 75.

¹³ Ibid. p. 75

¹⁴ Ibid.

especialmente en los Derechos continentales europeos. En la construcción coherente del mismo para las necesidades del mundo de hoy, nos empeñamos a lo largo de las páginas siguientes.

No debe de extrañar por ello que nos refiramos de manera continuada a la *ortodoxia compensatoria*. No pretendemos connotación negativa alguna pero el término acuñado sí que denota nuestra posición respecto de la misma: aquella postura contiene una ideología subyacente, una filosofía jurídico-sustantiva que conviene reconocer y no olvidar. Y que quizá, solo quizá, debe ser revisada.

D) Estructura

La tesis se estructura de la siguiente forma:

El capítulo I de la tesis estudia el *ilícito anticompetitivo* como fundamento de la sanción civil privada y plantea, desde un punto de vista general, el equívoco en torno al *principio de enriquecimiento injusto* afirmado en *Courage* [2001] y *Manfredi* [2006].

El capítulo II recorre el *concepto de daño* en distintos textos doctrinales así como sistemas jurídicos europeos como única respuesta jurídico-privada ante el ilícito civil. Termina destacando la relevancia del principio compensatorio en la aplicación privada del Derecho de la Competencia reconsiderando las bases sobre las que se ha construido la Directiva 2014/104/UE.

El Capítulo III estudia los precedentes jurisprudenciales del principio de *enriquecimiento injusto* afirmado en *Courage* [2001] y *Manfredi* [2006] así como las funciones del principio de *enriquecimiento injusto* en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

El Capítulo IV investiga los presupuestos normativos del enriquecimiento injusto y del enriquecimiento sin causa, así como la función del primero como límite del Derecho de Daños, lo que permitirá reconsiderar *Courage* [2001] y *Manfredi* [2006].

El capítulo V estudia la interrelación entre Derecho de Daños, enriquecimiento injustificado y enriquecimiento injusto, alumbrando una nueva institución jurídico-civil (la privación de beneficios) como una institución diferente del Derecho de Daños y del Derecho de Enriquecimiento.

El capítulo VI reflexiona sobre la verdadera efectividad del principio de enriquecimiento injusto en la aplicación privada del Derecho de la Competencia en tres ámbitos diferentes: la pretensión restitutoria, la privación de beneficios y la defensa de sobre costes repercutidos.

La tesis termina en el Capítulo VII con una consideración general de las conclusiones alcanzadas a lo largo de la investigación.

E) Relevancia del estudio de acuerdo con el estado de la ciencia.

El estudio desarrollado pulsa los nervios de las construcciones dogmáticas de nuestro Derecho Civil patrimonial (nacional y europeo).

Dos son los límites que cualquier construcción coherente de un sistema de aplicación privada de Derecho de la Competencia en Europa y España: en primer lugar, los límites procedentes de la propia tradición legal europea, aquella sobre la que la Directiva dice asentarse; en segundo lugar, los límites procedentes de la asunción equivocada de figuras jurídicas que han sido aceptadas de forma acrítica. Ambas realidades han pasado desapercibidas para la doctrina.

El enriquecimiento injusto podría suponer una renovación dogmática de la tradición legal codificada. Ofrece, al mismo tiempo, nuevas posibilidades en los países de *common Law*. Al enfrentarnos a aquellas construcciones con las necesidades de la sociedad actual, de un Derecho funcional, estaremos en condiciones de determinar si las instituciones tradicionales se encuentran correctamente fundadas o si necesitamos una nueva perspectiva, una nueva política que realmente responda a los problemas que el ilícito antitrust supone. Actualmente, la privación civil de beneficios carece de reconocimiento en España como institución autónoma y naturaleza propia. En aquellos países en los que la figura existe, se entremezcla con las acciones de daños a través de los daños restitutorios. Existe además una inhabilidad generalizada para separar claramente la figura de la privación civil de beneficios de los daños punitivos en los casos en los que las ganancias ilícitas son atribuidas no al Estado sino a los particulares. Algunos autores han propuesto, por ello, que los daños restitutorios deberían ser aceptados en el Derecho de la Competencia. Sin embargo, será necesario plantear cuál es la función del llamado “daño restitutorio”. La presente tesis intenta determinar si todos los supuestos de daños restitutorios están relacionados con el daño y la restitución o, en caso contrario, asignarles la naturaleza jurídica apropiada.

La tesis busca redefinir la relación entre aplicación pública y aplicación privada del Derecho antitrust al ofrecer nuevas dimensiones de la segunda que no contradicen la tradición legal europea. No obstante, es necesario tener en cuenta que la tradición legal europea ha limitado sustancialmente la aplicación privada, dado que históricamente la aplicación pública ha gozado de primacía.

Vincular enriquecimiento injusto con actos ilegales va más allá, sin embargo, del Derecho Civil. Es importante para el Derecho Administrativo y, por supuesto, para el Derecho Penal. Redefine el espacio entre pena y sanción. La pena es una medida generalmente retributiva del ordenamiento jurídico ante el acto ilícito. Es una medida, por otra parte, sobre la que el Derecho público no tiene el monopolio sino que la pena se encuentra presente también en el Derecho Civil, a través de la figura de los daños punitivos o de instituciones que se asemejan a los daños punitivos. La idea de sanción es más amplia y refiere la consecuencia jurídica adherida a la del incumplimiento del ordenamiento jurídico. Es aquí donde emerge la privación de beneficios como una sanción general ante situaciones patrimoniales obtenidas injustamente y que el ordenamiento sanciona negativamente. No es una pena y su naturaleza permite una admisión generalizada en la aplicación del Derecho de la Competencia, especialmente en su aplicación privada.

Finalmente, el enriquecimiento injusto nos permite reconsiderar las posiciones legales relevantes al tiempo de asignar la indemnización. La justicia correctiva no es más que un principio rector pero no supone un dogma inflexible. El Derecho de Daños siempre pondera los intereses jurídicos relevantes en competencia. Esta misma operación debe ser trasladada al ámbito antitrust. La defensa de sobrecostos repercutidos se redefine, así, más allá de un puro efecto económico para apreciar la verdadera relevancia jurídica de la misma, los intereses legales subyacente en ella y las nefastas consecuencias de su aceptación acrítica.

F) Actividades formativas, estancias y publicaciones.

a. Seminarios de metodología.

Metodología para la investigación en Derecho Privado. Universidad de Salamanca (2014-2015)

b. Cursos.

Jornadas sobre patentes químico-farmacéuticas y biotecnológicas. Universidad de Salamanca. (2014-2015)

Advanced training on EU Competition Law. ERA Academy. (2014-2015)

Google ante el Derecho: revisión de los principales retos jurídicos que supone. Universidad de Salamanca. (2014-2015)

La propuesta de Ley de transposición de la Directiva 2014/104/UE, CMS Albiñana & Suárez de Lezo (2015-2016).

Jornada Internacional Competencia y Daños. Universidad de Valencia. (2015-2016)

Derecho de la Competencia. Consejo General del Poder Judicial. (2015-2016)

Derecho Civil Aragonés. Consejo General del Poder Judicial. (2015-2016)

Derecho Civil Vasco. Consejo General del Poder Judicial. (2015-2016)

Introducción al Derecho Mercantil. Consejo General del Poder Judicial. (2016-2017)

c. Cursos de especialización en Universidades europeas.

Competition Law and Policy. Controlling Private Power. London School of Economics (2015-2016). Duración: 3 semanas.

d. Estancias de doctorado.

Max Planck Institute for Innovation and Competition. Munich (2016-2017). Length: 3 months. (Scholarship granted).

e. Publicaciones:

SOPEÑA BLANCO, Vera y MARTÍN MARTÍN, Gustavo Andrés. La transposición de la Directiva europea para la reclamación de daños por infracciones de la competencia en España:

mucho ruido, pocas nueces y una oportunidad perdida. *Revista de derecho de la competencia y la distribución*. N°. 17: 2015.

MARTÍN MARTÍN, Gustavo Andrés. La relación entre la Ley de Competencia Desleal y la Ley de Defensa de la Competencia en Derecho español tras la trasposición de la Directiva 2014/104/UE y los recientes pronunciamientos del Tribunal Supremo. *Revista Electrónica de Direito*. Febrero: 2018.

MARTÍN MARTÍN, Gustavo Andrés. El ilícito del artículo 15.2 LCD a partir del Asunto Pokerstars.com. Comentario a la STS de 15 de mayo de 2017. *Boletín Digital AJFV*. n° 21: febrero 2018. pp. 6-11. This paper will be included in the book *Boletín Jurídico AJFV 2018*, with all the papers published on the year.

SOPEÑA BLANCO, Vera y MARTÍN MARTÍN, Gustavo Andrés. La esperada transposición de la Directiva de indemnización de daños causados por ilícitos antitrust ¿para cuándo? Blog *El Almacén de Derecho* (ed. Jesús Alfaro). Entrada de 27 de marzo de 2017. Disponible en <http://almacenederecho.org/la-esperada-transposicion-la-directiva-indemnizacion-danos-causados-ilicitos-antitrust-cuando/>